

新疆古村落保护立法问题研究

沈田^{1,2}

(1. 厦门大学法学院, 福建 厦门 361000; 2. 新疆社会科学院法学研究所, 新疆 乌鲁木齐 830011)

摘要: 新疆作为一个多民族地区, 有着悠久而灿烂的多民族文化, 多元一体的文化的基因、根性、文化脉络和历史记忆大多在村落里。通过立法加强对古村落的保护, 蕴含“求同存异”的价值取向, 有助于中华视野下少数民族文化的展现, 有助于强化新疆各民族的中华民族共同体意识。2015年对《中华人民共和国立法法》进行修订, 赋予设区的市、自治州地方立法权, 新疆也面临地方立法主体扩容的情况, 在此背景下, 古村落保护也属此次立法主体扩容后的立法事项, 文本阐述了新疆古村落保护的重大意义、实施关键及不同层级的立法主体对古村落保护的立法策略。

关键词: 古村落保护; 地方性法规; 单行条例

中图分类号: D927 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9245(2018)04-0143-06

DOI: 10.14100/j.cnki.65-1039/g4.20180126.005

一、新疆古村落保护立法的重要意义

新疆作为一个多民族地区, 有着悠久而优秀的多民族文化, 不同的文化在这里相互交流、融合, 形成独具一格的文化脉络, 瑰丽而多彩的历史记忆。年代悠久的村落不但记录了这片热土的历史变迁, 也承载着世居于此各民族的精神图腾。古村落的构成包括由各民族长期以来形成的心理积淀、生产生活方式、价值取向、宗教信仰、传统意识等文化符号以及古建筑、古遗址、艺术品等反映历史时代、民族社会制度、社会生产、社会生活具有代表性的物质载体。在日益商业化的今天, 留住历史的记忆, 保护文化多样性, 在追求商业利益带动村镇发展的过程中也应为传统村落保有一抹原有风貌。

(一) 古村落保护的文化意蕴

2015年全国政协十二届三次会议中, 冯骥才

为保护古村落大声疾呼。“2000年全国有360万个古村落, 2010年是270万个, 10年就消失了90万个, 现在的自然村只有200万个左右。中国1300多项国家级非物质文化遗产绝大多数都在这些古村落里, 少数民族的非物质文化遗产更是全部都在村落中。”^[1] 中华文化的基因、根性、文化脉络和历史记忆大多在古村落里。古村落遗存了大量物质和非物质文化遗产, 最重要的是保存着一个民族精神的象征——世代相传的村规民约、民族习惯中的传统价值观、道德准则。

(二) 完善新疆古村落保护的现实意义

目前, 新疆列入中国传统村落名录的共有15个。其中, 喀纳斯景区禾木村、白哈巴村2013年入选第二批“中国传统村落名录”, 相关保护工作都在实施中, 但也存在一些问题。如近年来随着喀纳斯景区旅游业的发展, 在禾木村和哈纳斯村区域内就出现

收稿日期: 2017-09-09

基金项目: 本文系新疆法学会青年项目“南疆农村基层社会稳定法治保障研究”(XF2017C01)、新疆大学“新疆稳定与地区经济发展法制保障研究基地”青年项目“民族区域自治立法权为进路的新疆民族宗教法制建设研究”、新疆社科规划办项目“新疆农村变迁及社会稳定法治建设研究”(17BFX039)的阶段性成果。

作者简介: 沈田, 厦门大学法学院博士研究生, 新疆社会科学院法学研究所助理研究员。

乱搭乱建、乱圈乱占、私自买卖宅基地、侵占当地牧民土地的行为。针对这一情况，喀纳斯景区编制了《禾木景区文物保护景观规划》，发放《新疆维吾尔自治区农村宅基地管理办法》《喀纳斯景区农村建房管理办法》，牧民自发联名发起了《禾木哈纳斯蒙古民族乡古村落保护倡议书》^[2]。编制规划、普法宣传、牧民自发制定村规民约均对古村落保护具有一定效果。尤其是制定立法程序和机制相当复杂，且无法及时、准确地反映社会生活的实际需要，往往在滞后性的背景下，应肯定符合一定条件的村规民约具有法律渊源的积极意义^[3]。但从一个侧面也反映出新疆古村落变迁发展中面临文化保护与商业开发的两难处境。当前，党和政府将改善民生作为重要的工作任务，就是要让民众在教育、就业、医疗、养老、居住等基本私权方面得到有效保障。在此基础上，国家又承认竞争与财产差别意义上的平等保护^[4]。随着城市化和新农村建设的推进，由于缺乏保护意识，相应的立法匮乏，在建设规划中没有通盘考虑，往往是“破字当头，立在其中”，古村落消逝速度不断加快，有的古村落由于村民经济利益的驱动随意私搭乱建、侵占土地或是由于村民改善性住房的需求造成具有文化代表性的古建筑逐渐老化、衰败，甚至消失在人们的视野中，还有的由于对古村落保护力度不够，没有形成机制化、制度化的保护措施，政策、资金、人力投入没有形成合力，在对古建筑的修复、修建中没有注重对原生态的保护而对古村落的原貌造成破坏。原因是多方面的，涉及机制建立、利益平衡、制度规范等，如何在历史文化生态遗产传承保护与古村落保护、开发模式间寻找平衡；如何通过制度设计延缓古村落的消逝速度，保护古村落历史文化遗产；如何通过制定法规对古村落进行保护，都需要进一步开展工作^①。

（三）立法先行，加强新疆古村落保护

新疆作为民族自治地方，具有制定自治法规与地方性法规的权力。在此背景下，自治区、自治州、自治县三级不同立法层次的立法主体可根据自身情

况开展相关立法工作，特别是在立法法修订后，对于新增立法权限的设区的市是否可以通过立法权解决古村落保护问题，以及相关技术性问题的解决方案，还需进一步论证。如何更好地利用立法资源、提高立法效率也需要进一步思考。而对于立法水平相对较弱的自治县，如何利用好自治立法权制定出符合自身实际情况，又能切实推进古村落保护的法律法规，则更值得期待。

二、当前我国古村落保护立法现状分析

目前，我国古村落法制保障总体呈现高位阶专项立法空白，新疆尚未出台相关立法。

（一）我国古村落保护相关立法概况

《国家文物法》《非物质文化遗产保护法》对文物、非物质文化遗产进行保护，但古村落保护没有相应的国家层面立法，目前仅有住房和城乡建设部办公厅等部门出台的规范性文件《中国传统村落警示和退出暂行规定（试行）》。全国首部古村落保护地方性法规《苏州市古村落保护条例》自2014年1月1日起施行，该条例的实施对加强苏州市古村落保护、维护古村落传统风貌、传承优秀历史文化遗产起到了积极的推动作用。该条例施行以来，对各类古建筑保护状况进行综合评估，建立了保护名录和保护利用评估体系，相关部门多方筹措资金，使得一批濒危古建筑得到了及时的抢救性修缮。2016年6月1日《拉萨市古村落保护条例》实施，该条例共5章34条。该条例的实施将古村落的保护正式纳入法治轨道。福建省针对古村落开展省级专项立法探索，2016年福建省十二届人大三次会议代表联名提出关于制定《福建省古城古村落保护条例》的议案，共6章36条，明确古城古村落的范畴，明确保护、开发、管理、维护等各项工作的原则，理顺管理体制，明确各职能部门的职责，加大资金投入，提升政府和群众保护古城古村落的意识。同年，江西省发布《江西省传统村落保护条例（征求

① 2012年我区有4个村落列入第一批中国传统村落名录，分别是：吐鲁番地区鄯善县吐峪沟乡麻扎村，哈密地区哈密市回城乡阿勒屯村、五堡镇博斯坦村，伊犁哈萨克自治州特克斯县喀拉达拉镇琼库什台村；2013年我区有3个乡村列入第二批中国传统村落名录，分别是：克孜勒苏柯尔克孜自治州阿克陶县克孜勒陶乡艾杰克村，阿勒泰地区布尔津县禾木哈纳斯蒙古民族乡禾木村、喀纳斯景区铁热克提乡白哈巴一村；2014年我区有8个村落列入第三批中国传统村落名录，分别是：昌吉回族自治州木垒哈萨克自治县照壁山乡河坝沿村、西吉尔镇水磨沟村、西吉尔镇屯庄子村、英格堡乡街街子村、英格堡乡马场窝子村、英格堡乡英格堡村、英格堡乡月亮地村，和田地区民丰县萨勒吾则克乡喀帕克阿斯干村。

意见稿)》。2017年贵州省出台《贵州省传统村落保护和发展条例》。这些省市的地方立法都能为新疆的古村落保护提供制度参考和借鉴。

(二) 新疆古村落保护现有规范亟须完善

新疆针对古村落保护的高位阶专项立法目前尚属空白，新疆所依据的《国家文物法》《非物质文化遗产保护法》则在保护对象、认定程序、审定标准体系方面有交叉，存在保护不力的问题。

1. 保护对象不同

如果古村落以文物保护单位的形式纳入保护范围，存在以下问题：认定程序复杂、保护范围较窄。根据《文物保护法》第2条^①的规定，文物的种类是有明确限定的，仅指具有客观物质形态的有体物，显然古村落保护所涵盖的内容要远远大于有体物的保护，古村落需要传承和保护的不仅仅是有体物，还包括其他非物质文化遗产。非物质文化遗产涵盖了诸多形式，其中根据联合国教科文组织发布的《保护非物质文化遗产公约》，“非物质文化遗产”包含以下几种形式：口头传统及表现形式（包括语言）；表演艺术；社会实践、仪式、节庆活动；有关自然界和宇宙的知识和实践；传统手工艺。这与《非物质文化遗产保护法》中规定的非物质文化遗产存在重合和交叉。口头文学及其语言载体、传统美术、舞蹈、戏剧、曲艺、书法、音乐、杂技、技艺、医药、历法、礼仪、节庆、体育、游艺等均没有具体的物质形态，但这些人文学史信息都与古村落的历史变迁融为一体，与具象的物质载体相生相伴。《非物质文化遗产法》所保护的主体不具有物质形态，这与古村落的保护也存在范围上的交叉重合，可以说古村落保护的对象范围较《文物保护法》《非物质文化遗产法》更广。将古村落纳入历史文化名村的保护，也存在交叉和缺漏的问题。历史文化名城、名镇和名村的申报、批准、规划、保护适用《历史文化名城名镇名村保护条例》。评选条件和评定标准依据住建部和文物局专门出台的评选办法，新疆入选历史文化名村的村落有：新疆维吾尔自治区鄯善县吐峪沟乡

麻扎村、新疆维吾尔自治区哈密市回城乡阿勒屯村、新疆维吾尔自治区哈密市五堡乡博斯坦村、新疆维吾尔自治区特克斯县喀拉达拉乡琼库什台村。可见，历史文化名村与传统村落在范围上也是不同的。

2. 认定程序不同

文物由国家对其实行认定、定级、登录，认定均要遵循严格而复杂的标准。《国有可移动文物普查—文物认定标准(试行)》规范性引用文件就有《文物保护法》《国有文物保护单位实施条例》《文物认定管理暂行办法》《国家文物局关于贯彻实施〈文物认定管理暂行办法〉的指导意见》《近现代文物征集参考范围》《文物保护行业标准文物藏品档案规范》(WW/T 0020-2008)等诸多规范性文件，可见其认定程序的复杂，而认定时间过长也不利于古村落的抢救、修缮。

3. 审定标准体系不同

根据《非物质文化遗产法》第18条规定“国家级的非物质文化遗产代表性项目名录由国务院建立。地方非物质文化遗产代表项目名录由省人民政府建立。”目前，我国已经建立了国家、省、市、县四级非物质文化遗产代表项目名录体系。截至2015年，新疆已有83个项目列入“国家级非物质文化遗产代表性项目名录”，而新疆列入中国传统村落名录的古村落仅有15个。非物质文化遗产的审定与古村落的审定在认定标准、认定主体、认定程序上均有不同。住房和城乡建设部、文化部、国家文物局、财政部四部门组成传统村落保护和发展专家委员会负责审定传统村落分级分类标准，而非物质文化遗产代表性项目评审主要由文化行政主管部门负责。由于二者分属不同的审定标准体系，非物质文化遗产保护与古村落保护也存在交叉。

三、完善新疆古村落保护立法的思考与建议

新疆对古村落的立法保护，可以在自治区范围

^①《中华人民共和国文物保护法》第二条：在中华人民共和国境内，下列文物受国家保护：(一)具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺和石刻、壁画；(二)与重大历史事件、革命运动或者著名人物有关的以及具有重要纪念意义、教育意义或者史料价值的近代现代重要史迹、实物、代表性建筑；(三)历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品；(四)历史上各时代重要的文献资料以及具有历史、艺术、科学价值的手稿和图书资料等；(五)反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生活的代表性实物。文物认定的标准和办法由国务院文物行政部门制定，并报国务院批准。具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护。

内制定相关规定，在制度层面加强古村落保护；设区的市、自治州可以根据本地区的实际情况制定相关条例；自治县根据本县域的实际需要由县人大通过自治立法权，制定古村落自治法规。

（一）自治区制定地方性法规与《文物保护法》《历史文化名城名镇名村保护条例》相衔接

根据《立法法》第72条及《宪法》第116条、《民族区域自治法》第19条、《立法法》第75条第二款的规定，自治区的人民代表大会具有制定自治法规和地方性法规的权力，因该问题不是此次《立法法》修订后的新内容，本文不过多讨论。从新疆的立法实践来看，自治区人大出台单行条例的数量并不多，且该立法事项也属于《立法法》73条“属于地方性事务需要制定地方性法规”的立法事项，因此，可以通过地方立法的形式，出台保护古村落的地方性法规，这也是保存历史文化根基的需要。因此，建议尽快出台《新疆维吾尔自治区古村落保护条例》，与《文物保护法》《历史文化名城名镇名村保护条例》《非物质文化遗产法》《新疆维吾尔自治区非物质文化遗产保护条例》《新疆维吾尔自治区维吾尔木卡姆艺术保护条例》等法律法规相配合，形成覆盖新疆城乡的古村落保护制度群。在立法层面明确主管部门、相关部门职责，通过明确各级政府、相关部门在保护古村落中应承担的监督、指导和管理责任，理顺规划、建设、旅游、文物保护等政府主管部门的职责，避免多头管理、推诿扯皮的现象发生，形成政府、产权者、经营者等多方位的保护机制。规定保护主体事项，就保护资金、规划、修缮等问题予以规范，建立科学的保护体系。明晰相关主体在保护工作中应遵守的法律责任，加强保护力度。借鉴《苏州市古村落保护条例》的相关规定，建立保护名录和保护利用评估体系，为各类古建筑保护状况进行综合评估提供量化标准，按照需要分阶段、分步骤统筹实施。

（二）设区的市、自治州可以先行先试制定相关地方性法规

按照新修订《立法法》的规定，对设区的市、自治州的地方立法权包括“城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护等方面的事项”，根据全国人大常委会法律委员会《关于立法法修正案（草案）

审议结果的报告》，“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”，范围是比较宽的。比如，从城乡建设与管理看，就包括城乡规划、基础设施建设、市政管理等；从环境保护看，按照《环境保护法》的规定，范围包括大气、水、海洋、土地、矿产、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹等；从目前全国49个较大的市已制定的地方性法规涉及的领域看，修正案草案规定的范围基本上都可以涵盖^[5]。历史文化保护涵盖具有人文遗迹属性的古村落保护，古村落保护也属于此次《立法法》修改后设区的市、自治州具有立法权的事项。

新疆有5个新增立法权的自治州，分别是伊犁哈萨克自治州、昌吉回族自治州、博尔塔拉蒙古自治州、巴音郭楞蒙古自治州、克孜勒苏克尔柯孜自治州。根据《立法法》第72条^①的规定，由自治区人大常委会分批赋予设区的市、自治州地方立法权。设区的市开始立法确定权并非省、自治区人大常委会对其附属立法主体资格的自主赋予，而是对于全国设区的市均从《立法法》中普遍获得的独立的地方立法主体资格在本地区的进度控制权^[6]。理论上说，自治州人大具有制定自治法规和地方性法规的权力，而自治州地方立法权的实施时间则是由自治区人大常委会批准。一方面，自治州的人民代表大会可以根据《宪法》第115条、《民族区域自治法》第19条及《立法法》第75条“依照当地民族的政治、经济和文化的特点”通过自治立法权制定单行条例，古村落的人文历史遗迹保护也应属自治立法权的权限范围。单行条例虽然规制事项较为单一，但却是民族自治地方立法权的重要规范载体，立法要求较高。与此同时，自治条例和单行条例在实践中的规制范围实际上已经全面涵盖，甚至溢出了新《立法法》的三项限制，同时还拥有不容小觑的规范位阶^[7]。另一方面，自治州人大及其常委会可以通过地方立法权制定相关地方性法规，也就是说在古村落保护方面，自治州的自治立法权和地方立法权在事项上具有重合性，单行条例须报请上级国家机关批准。有学者指出“自治机关并不享有独立的立法权。”自治立法权“是一种半立法权和草案起草权^[8]”。当然，设区的市及自治州的地方性法

^①《立法法》第72条“设区的市、自治州开始制定地方性法规的具体步骤和时间，由省、自治区的人民代表大会常务委员会综合考虑本省、自治区所辖的设区的市的人口数量、地域面积、经济社会发展情况以及立法需求、立法能力等因素确定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。”

规也需要报自治区人大常委会审查批准，且单行条例的制定主体只能是自治州的人民代表大会，单行条例和地方性法规的权力来源、制度功能、调整范围、效力位阶^①都不相同，不再赘述。笔者认为古村落保护不属于“法律保留事项”^②，不属于中央立法专属事项，地方对其具有立法权限，且全国人民代表大会及其常务委员会目前尚未制定相关法律或者行政法规，在此种情形下，自治州对古村落进行立法保护可依据《立法法》第73条^③采用地方性法规的形式为宜。且目前，从自治区自治立法实践来看，自治法规的数量较少。据统计，截至2017年，新疆5个自治州共制定单行条例43部。因此，无论是从立法事项还是从提高立法效率角度看，制定地方性法规都较为适宜。

新疆有乌鲁木齐、克拉玛依2个地级市，阿勒泰、吐鲁番、哈密、阿克苏、喀什、和田6个地区，其中乌鲁木齐作为首府城市，本身具有地方立法权。在立法资源的配置上，《立法法》对设区的市的地方立法权采用阶梯式的供给模式，分阶段、分步骤地确定立法时间。首先，在行政建制上完成撤地建市。其次，自治区人大常委会再根据设区的市的发展水平、立法需求、立法能力等综合因素确定其地方立法权的时间。设区的市属于相对中间的行政建制，相较于省一级更具有天然的信息收集优势，距离地方居民更近，更能准确把握、反映当地民众的意愿和诉求，在地方立法中更应注重本地的地方特色，在不违反上位法的前提下，突出地方特色，使其更加具有实用性和可操作性，增强民众对国家法制的认同和接受程度。特别是像新疆这样的少数民族聚居地区，只有使国家法律深入人心，才能改变“目中无法”的状况^[9]。在单一制的模式下，地方立法的具体化、地方化也是对中央立法的技术性回应，新疆完成撤地建市后，设区的市数量将达到8

个，必然存在对历史文化保护的立法需求。

（三）自治县人大通过自治立法权制定单行条例

对于古村落保护具有立法需求的自治县，可以充分利用其自治权，根据本地区的实际情况“依照当地民族的政治、经济和文化的特点”，通过自治立法权制定单行条例，这也是自治权的优越性所在，赋予县一级的人大立法资格。据统计，截至2017年，新疆有和布克赛尔蒙古自治县、察布查尔锡伯自治县、巴里坤哈萨克自治县等三个自治县制定单行条例共7部，无论是立法主体的数量还是制定的法律规范的数量都是偏少的，也反映出自治县一级的自治机关的立法意识相对不足。就地方立法权而言，设区的市、自治州人大及其常委会是在《立法法》修改后新增的立法权主体。而自治县作为自治地方，由《宪法》及宪法性规范赋予其自治权，其目的在于缩小立法主体单元，最大限度发挥民族区域自治功能，更为直接地满足自治县的立法需求，将天然的信息优势和地理空间属性功能最大化。当然，在立法实践中，也存在县一级人大的立法水平有待提高的情况，技术性问题可以通过提高立法人员素质、采用立法项目招投标、委托第三方专业机构等方式解决。在少数民族地区现代化的进程中，保护古村落的意义首先在于能够保留新疆各民族的传统文化样本。古村落是一个内外统一的有机体，多元一体格局下的特色建筑风格、生活配套以及文化习俗相呼应、相统一，同时也是新疆各民族历史、传统的具象呈现、物理参照，利用民族自治地方的自治立法权对古村落进行保护，也是自治权在民族自治地方的又一次彰显。

参考文献：

- [1]我国10年间消失90万个古村落[EB/OL].新浪新闻, <http://news.sina.com.cn/c/p/2015-07-19/175432124059.shtml>.

①《立法法》第90条“自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。”可见，在效力位阶上，自治条例、单行条例优于地方性法规。

②《立法法》第8条的规定划分了中央与地方的立法权限，列举了“法律保留事项”：犯罪和刑罚；对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；民事基本制度和诉讼仲裁制度只能通过法律的形式来制定。此类事项是全国人民代表大会及常委会的专属立法事项，地方立法机关无权涉足此类事项，否则所制定的地方性法规属于“越权”导致其无效。

③《立法法》第73条的规定“地方性法规可以就下列事项作出规定，除本法第八条规定的条款外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。”

- [2]新疆喀纳斯拆除违建建筑保护原生态古村落[EB/OL]. 中国新闻网, <http://www.chinanews.com/cul/2014/04-30/6124355.shtml>.
- [3]刘智慧.习惯作为民法法源的类型化分析——以“民法总则”第10条的适用为中心[J].新疆社会科学, 2017,(4).
- [4]王磊.“民法总则”私权保护原则之思辨[J].新疆社会科学, 2017,(4).
- [5]武增.2015年“立法法”修改背景和主要内容解读[J].中国法律评论, 2015,(3).
- [6]郑磊.设区的市开始立法的确定与筹备——以“立法法”第72条第4款为中心[J].学习与探索, 2016,(7).
- [7]郑毅.对新“立法法”地方立法权改革的冷思考[J].行政与法, 2015,(4).
- [8]陈正华.自治区自治条例出台阻滞的法律经济学分析[J].广西民族研究, 2008,(1).
- [9]沈田.地方立法主体扩容的共性与差异——兼论新疆地方立法权主体的调整模式[J].新疆社会科学, 2017,(1).

A Research on Legislation for the Protection of Old Villages in Xinjiang

SHEN Tian^{1,2}

(1.Law School, Xiamen University, Xiamen Fujian 361000;

2. Institute of Legal Studies, Xinjiang Academy of Social Sciences, Urumqi Xinjiang 830011)

Abstract: As home to many ethnic groups, Xinjiang boasts a long tradition of ethnic cultures, particularly rooted in those old villages scattered in various parts of the region. Protecting these old villages through legislation helps people of the ethnic groups identify both with their own cultural tradition and with the greater Chinese nation. The 2015 revision of The Legislation Law of People’s Republic of China granted legislation rights to cities and autonomous prefectures with their own the rights to make their own administrative districts. Xinjiang has many such cities and autonomous prefectures. In this context, the protection of old villages is one of the subjects for legislation. We expect to discuss the significance of protecting old villages through legislation, and important measures to be taken in the process of legislation at different levels of local governments.

Key words: the Protection of Old Villages; Local Regulations; Specific Regulations

[责任编辑:周普元]

[责任校对:刘成]